

TESIS

"LA ANENCEFALIA: Aspectos Médico Legales"
y Psiquiátricos"



Por omisión "y psiquiátricos" Vale

PABLO BACIGALUPO.

SILVIA A. TOSTI (MCL)
Directora Especialización
Notariado

DOCTORANDO: Pablo Alberto BACIGALUPO

UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Emulación

Prof. Dr. Alejandro A. Basile

2020. C.M.S.

INDICE.-

NOTA ACLARATORIA

1. INTRODUCCION GENERAL

1.1 Planteo del problema

- a) Su determinación
- b) Soluciones legislativas: relevamiento
- c) Pronunciamientos jurisprudenciales: relevamiento
- d) Análisis crítico

1.2 Tesis sobre la cuestión

PRIMERA PARTE.-

CAPITULO I.-

2. CONCEPTO DE PERSONA Y DERECHO A LA VIDA

2.1 Aproximación Empírico-Médica: Problemas

- 2.1.1 La Bioética y el marco del conflicto
- 2.1.2 Medicina y Derecho. Puntos de convergencia
- 2.1.3 Estándares válidos para el análisis jurídico de los actos médicos
- 2.1.4 Los deberes generales del profesional del arte de curar
- 2.1.5 Embarazo mediante fertilización asistida. Diferentes posturas

2.2. Consideración jurídica

- 2.2.1 Constitucional
 - 2.2.1.1 El derecho personalísimo de la madre frente al aborto terapéutico
 - 2.2.1.2 El conflicto jurídico
 - 2.2.1.3 El derecho a la vida
- 2.2.2 Civil y General
 - 2.2.2.1 La anencefalia y el derecho de familia
- 2.2.3 Penal
 - 2.2.3.1 Bien jurídicamente protegido

CAPITULO II.-

3. DERECHO PENAL Y BIEN JURIDICO

3.1 Tutela de bienes jurídicos y aplicación de sanciones por su lesión

3.1.1 La vida como bien jurídico

3.1.2 De qué modo se actúa frente a un aborto terapéutico

3.1.3 La eutanasia

3.1.4 Bien jurídico: Concepto

3.2 El Problema del aborto impune

3.2.1 El aborto

3.2.2 La lex artis

3.2.3 El delito de aborto

3.2.3.1 Concepto médico legal

3.2.3.2 Breve reseña histórica

3.3 Los casos en el Código Penal Argentino

3.4 El delito de aborto en el Código Penal Argentino

CAPITULO III.-

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA EN ARGENTINA

4.1 Suprema Corte de Bs. As. vs. Corte Suprema de la Nación

4.1.1 El cambio de criterio de la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As.

4.2 Supremacía constitucional

4.2.1 Algo más sobre los fallos de la Corte Suprema

CAPITULO IV.-

5. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

5.1 Los distintos sistemas de despenalización en la legislación comparada

SEGUNDA PARTE.-

CAPITULO V.-

LA ANENCEFALIA

6. APROXIMACIÓN MÉDICA

6.1 La viabilidad del feto

7. CONSECUENCIAS PARA LA PERSONA ENFERMA

7.1 Patologías congénitas o adquiridas: La anencefalia

8. CONSECUENCIAS SOBRE LA MADRE

8.1 Diagnóstico y terapia prenatal

8.2 El derecho a la salud

8.3 El derecho a la salud y los Derechos Humanos

8.4 Una cuestión procesal: Procedencia de la acción de amparo

CAPITULO VI.-

9. LA CUESTIÓN MÉDICA A LA LUZ DEL ORDEN JURÍDICO

9.1 Anencefalia y persona

9.2 Embarazos incompatibles con la vida

9.2.1 El problema de la viabilidad

9.2.2 La protección de la supervivencia en el claustro materno

9.3 El principio de la autonomía y el consentimiento informado

9.4 Qué debe hacer un profesional del arte de curar cuando constata la anencefalia del feto o cualquier otro factor que conlleve la inviabilidad en sí mismo y el peligro a la salud de la madre derivado de tal circunstancia

9.5 Adelanto del parto o aborto: Cuestiones

9.5.1 Parto prematuro

9.6 Los plazos

9.7 Los médicos

9.7.1 Responsabilidad de los médicos

9.7.1.1 Comisión por omisión

9.7.1.2 Imprudencia, deber de cuidado y previsibilidad

del resultado

9.7.1.3 La imputación objetiva

9.7.2 Acción, omisión y tipo

CAPITULO VII.-

10. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA

TERCERA PARTE.-

UNA POSIBLE SOLUCION (TESIS)

11. RECAPITULACION DE LOS PROBLEMAS: RESPUESTAS

11.1 Jurídico penales

11.1.1 Los plazos

11.1.2 Proporcionalidad

11.2 A nivel médico

11.3 A nivel constitucional

12. PROPUESTA

12.1 Culpabilidad-Justificación: Aborto terapéutico

12.2 A nivel legislativo

12.3 Crítica

13. PROPUESTA FINAL

13.1 Proyecto de ley

NOTA ACLARATORIA

A modo de consideración previa habré de señalar que, con motivo de las observaciones formuladas oportunamente por miembros del jurado de tesis, se ha procedido a las enmiendas del caso y al propio tiempo –a resultas de ello- al replanteo de algunas cuestiones lo que ha generado una notoria extensión del trabajo que fuera primigéneamente presentado.

Se persiguió así la profundización del desarrollo del tema motivo de encuesta, a partir de una metodología expositiva de la cual, debo reconocerlo, carecía el ensayo originario.

En función de esto último, se llevó a cabo un reordenamiento de los diversos puntos tratados enriqueciéndolos a partir de nuevos aportes doctrinarios lo que importó a su vez una considerable ampliación de la bibliografía empleada a tales fines.

En lo que atañe concretamente a los cuestionamientos efectuados, cabe señalar:

Dr. García Maañón:

a) Respecto de la supremacía de los fallos de la Corte Suprema de la Nación y la obligación de observancia por los tribunales inferiores, que no aparecían expuestas con la ponderación analítica que el tema merece, careciendo de la consecuente emisión de opinión relevante por parte del suscripto, así como de la vinculación con la materia de la tesis; fue todo ello materia de desarrollo y ampliación en el **punto “4” y sus ítems, del Capítulo III;**

b) Con relación a los delitos de omisión impropia y su vinculación con el tema, fue abordado en el **punto “9.7.1.1.” del Capítulo VI;**

c) El tratamiento de la protección constitucional a la vida y el conflicto de valores que se plantea en la propuesta elegida, fue desarrollado específicamente en el **punto “1.1”, acápito “a”, de la introducción general** y en el **punto “1.2”**, así como también en diversos pasajes de la Tercera Parte del trabajo (**punto “11” y ss.**);

d) Las conclusiones, en función de la mayor riqueza de la propuesta, fueron asimismo ampliadas a partir del **punto “12”** y en el **punto 13 de la Tercera Parte.**

Dr. Casás:

e) La cuestión vinculada con la tutela penal del derecho a la vida en general y del feto en gestación en particular, aparece abordada en la **introducción general puntos “1.1”, acápito “a” y “1.2”**;

f) En lo que hace al mayor desarrollo del panorama inicial del derecho comparado y la evolución que se observa en las regulaciones legales de los diversos países en las últimas décadas, ello fue motivo de tratamiento in extenso en los **puntos “5” del Capítulo IV y “10” del Capítulo VII**;

g) Finalmente, lo referido al abordaje más minucioso de las conductas que pudieran estimularse en los padres y profesionales médicos a resultas de la patología en cuestión y concretamente al interrogante de si se configura una causal de justificación o una excusa absolutoria, mereció tratamiento ampliatorio en el **punto “12.1” de la Tercera Parte.-**

1. INTRODUCCION GENERAL

1.1 Planteo del problema

a) Su determinación

El derecho a la vida es un derecho sustancial, básico y primario, que no sólo no se discute por ser la condición de posibilidad, única y esencial, de cualquier otro derecho, sino porque es un derecho excelso y fundamental del ser humano, del que es titular por la sencilla razón de ser un derecho subjetivo.

Esta última afirmación, empero, no está exenta de controversias atendiendo a que hay quienes, sin desconocer su carácter fundamental, entienden que hay otros derechos que merecen sobreprotección constitucional por significar la condición de ejercicio de los demás –por ejemplo, aquellos que hacen a la protección de las precondiciones que le dan a la democracia su mayor valor epistémico y que, en consecuencia, son manifestación del compromiso inicial del Estado de respetar la autonomía e igual dignidad de las personas- y, estrechamente unido a esta cuestión, quienes discuten la titularidad de tal derecho.

En este sentido, no es menor considerar que uno de los contractualistas que pensó la justificación del Estado a partir de un pacto hipotético mediante el cual los ciudadanos relegaban parte de su libertad para que, a cambio, aquél protegiera la vida, la propiedad y la libertad, ubicó tal dominio fuera de la agencia de los individuos. Así, John Locke se opuso al suicidio por entender que la vida humana no constituye una propiedad del individuo que la vive –quien es solamente su ocupante-, sino que le corresponde a Dios, de modo tal que aquel acto es una especie de robo o malversación. Locke asoció esta pretensión con imágenes acerca de

la propiedad: tanto la eutanasia como el aborto pueden ser considerados como un insulto a la donación de la vida efectuada por Dios¹.

La cuestión relativa a la santidad de la vida humana, como manifestación de la idea acerca de su valor intrínseco —es decir, con prescindencia de los intereses de quien la vive—, puede tener fuentes religiosas o seculares. Con independencia de ello, la he citado con el fin de demostrar que la propia titularidad es un asunto controvertido y que hay quienes, en función de ella, hacen descansar en el Estado las decisiones relevantes acerca de la vida y la muerte. Cuanto menos, la disparidad de criterios al respecto, aunque no conduzca a aquella consecuencia, provoca profundos desacuerdos morales que, eventualmente, serán ajenos a la autoridad de los magistrados.

El propio concepto de una “buena vida” ha quitado el sueño a más de un filósofo y generado una amplia gama de opiniones al respecto (algunos consideraron que consistía en el conocimiento de uno mismo, otros, en la perfección de la sabiduría y el talento, otros tantos, en la devoción y el amor a Dios. Hume, por su parte, la encontró en la satisfacción de lo que, genuina y naturalmente se desea; mientras que Bentham, en la obtención de tanto placer como sea posible)².

Lo expuesto persigue hacer hincapié en que la vida implica un concepto esencialmente controvertido y que su definición, en especial, la ubicación de sus extremos y la agencia individual al respecto, está estrechamente vinculada, en consecuencia, con la perspectiva que se adopte respecto de dichos asuntos. En esta dirección, existen sensibles diferencias entre pensar la vida como un ente meramente biológico que el Estado a toda costa debe proteger que hacerlo desde una óptica sustancial; es decir, como un complejo que puede sintetizarse en la idea de “buena vida”. En este último caso, también hay sensibles diferencias según el punto de vista

¹ Dworkin, Ronald “El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”, Edit. Ariel S.A., 1^o Edición, Barcelona, 1994, pág. 255.

² Cfr. Dworkin, ob. cit., pág. 261.

que se acepte como definitorio de dicho concepto, es decir, externo o respetuoso de la óptica individual (*subjetivo*).

El asunto que me propuse estudiar en este trabajo no escapa a estos hondos dilemas y a las dificultades de definición aludidas, por cuanto se vincula al extremo inicial de la vida aunque, como veremos, comprende embarazos incompatibles con ella.

Sin embargo, esta aserción no me relevará de estudiar la protección constitucional y penal del bien “vida” y de repasar someramente la problemática involucrada por el aborto. Ello es así por cuanto previo a demostrar la especificidad y distinción del conflicto objeto de estudio con dicha materia, es preciso establecer, cuanto menos, un mínimo acuerdo acerca de cuál es el radio de la protección aludida y las particularidades que, frente a los casos comprendidos por ella, representa un feto anencefálico.

Y a propósito de esta patología, se impone adelantar que algunos bebés nacen sin el tronco encefálico, situación que se conoce como anencefalia (del griego: sin cerebro). De hecho, en este estado pueden carecer de la parte superior del cráneo, por encima de las cejas; en su lugar sólo tienen una capa de piel o, en otros casos, el cráneo sufre malformación y está lleno de líquido.

Se trata entonces de un ser con gravísimas deficiencias que impiden por completo su supervivencia fuera del claustro materno; constituye un mal incurable e irreversible que limita naturalmente la vida de la persona sin agente materno.

Esta vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la gestante determina una especial relación de dependencia de aquél frente a ésta, lo que condiciona la protección jurídico-penal que, en principio, tiende a objetar una protección absoluta de la vida dependiente en casos en que la continuación del embarazo afecta otros bienes jurídicos tan dignos de protección como la vida, la salud y la

dignidad de la propia embarazada; planteándose un conflicto de intereses que afecta seriamente a esos bienes jurídicos.

La anencefalia afecta a un feto cada dos mil y solía ser, antes, uno de los defectos de nacimiento graves más comunes. Hoy mediante la ultrasonografía es factible su diagnóstico en forma temprana y muchas mujeres optan por el aborto, por lo que ahora ya no son tan comunes los casos: en los EE.UU, sólo nacen unos trescientos bebés por año en estas condiciones.

En nuestro ámbito, como veremos, de tomarse la decisión de no continuar con el embarazo, la situación varía ostensiblemente según los plazos de gestación de manera tal que podrá encuadrarse el caso en un aborto o en un adelantamiento de parto (parto provocado).

Pero retomando el hilo de la exposición nuestra Constitución Nacional, a través de los diversos tratados internacionales, defiende la vida humana desde su origen. En su art. 33 -de los derechos implícitos- consagra el derecho a la vida que adquiere carácter explícito en la "Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica" suscripta en Puerto Rico el 22 de noviembre de 1969, aprobada por ley 23.054 y que desde 1994 posee jerarquía constitucional, según la cual el derecho a la vida está protegido por la ley: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (art. 4º, inc. 1º)³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los tratados no sólo complementan a la Primera Parte de la Constitución sino que, a su vez, son complementarios entre sí, corresponde señalar por su parte la "Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas", del 20 de noviembre de 1989, de rango constitucional, por la que a través de su adhesión nuestro país hizo reserva de que en la noción de "niño" debía entenderse incluido "a

³ Rodríguez Varela, Alberto *"La vida y la muerte frente al derecho"*, ED, 155-562/573.

todo ser humano, desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

En consecuencia, como bien sostiene Gil Domínguez⁴, luego de la reforma constitucional de 1994 se puede afirmar que el derecho a la vida fue incorporado expresamente; que a partir de la conformación del huevo o cigoto hay vida humana; que la vida humana es un *valor* constitucional que debe ser tutelado; que la protección infraconstitucional debe depararse mediante aquella vía que sea necesaria, eficaz y proporcional⁵.

La legislación argentina se basa en los principios sobre el respeto a la vida humana desde su comienzo y no desde el nacimiento, por lo que la determinación del inicio de la vida humana y su tutela sigue siendo un punto clave.

Ahora bien, si bien he sostenido que según la Constitución la vida humana constituye un bien que debe ser objeto de tutela, ello no resuelve la discusión por cuanto, según lo apuntado, se trata de un concepto esencialmente controvertido y que, por lo demás, se encuentra inserto en un sistema de valores del cual, como parte de dicho orden, resulta interdependiente.

Por ello es preciso tener en cuenta que, sin mengua del valor afirmado, el contenido de tal valía no necesariamente reside en cabeza del derecho *—puesto que, según el caso, éste se preocupa, en cambio, de que la decisión individual al respecto sea libre, y por ello, informada (art. 19 C.N.)—* o, eventualmente, la tutela jurídica del bien jurídico no necesariamente debe perseguirse a través de la *última ratio* del ordenamiento jurídico.

Veamos, en consecuencia, el modo en que el derecho penal protege el bien vida en general y cómo lo hace, en especial, cuando se trata

⁴ Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución", Edit. Ediar, Bs. As. 2000, pág. 206.

⁵ Cabe aclarar que el autor deduce ulteriores conclusiones que no he citado porque a dicho efecto no es posible prescindir de la labor de justificación que desarrolla y que no hace al núcleo de esta parte de

de personas por nacer. Los elementos normativos de los tipos penales involucrados exigirán acudir, dada la unidad del ordenamiento jurídico, a ciertas definiciones contenidas en el Código Civil y, por cierto, su intelección deberá ser compatible con los lineamientos constitucionales descriptos.

El artículo 79 del Código Penal describe la conducta de quien matare a otro. Carrara define el homicidio como la destrucción del hombre cometida por otro hombre.⁶ El bien jurídico protegido por esta figura (*comprendida en el Título I, "Delitos contra las personas", Capítulo Primero, "Delitos contra la vida"*) es la vida humana, aunque, siguiendo a la doctrina española, la vida humana *independiente*. Este concepto tiene la ventaja de dejar a salvo la vida sostenida en forma artificial como la que depende de la madre y, de ese modo, da respuesta al problema relativo al fin de la vida humana y permite la distinción entre la figura de homicidio y la de aborto.

En este sentido, Soler indica que: "Para la protección de la vida, la ley crea dos tipos fundamentales de delito; el uno consiste en la destrucción de un hombre (homicidio); el otro en la destrucción de un feto (aborto)"⁷.

Así, el "matar a otro" exige, de acuerdo con la premisa de análisis indicada, cuándo estamos frente a "otro", lo cual nos enfrenta nuevamente con la pregunta acerca del comienzo y fin de la vida.⁸ En cuanto al primer asunto, vinculado con el elemento en cuestión, Rodolfo Moreno expone el problema del siguiente modo: "Desde luego, consistiendo el homicidio en la muerte de una persona por la acción de otra, se pregunta qué es persona (...) La cuestión entre nosotros se

mi tesis.

⁶ Carrara, Francesco "Programa del curso de Derecho Criminal", trad. de Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez, Edit. Depalma, 1945, T. III, Parte especial, Vol 1, punto 1087, pág. 42.

⁷ Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", 7ma. Reimpresión total, Bs. As., TEA, 1976, T III, punto 77 II, pág. 10.

⁸ Cfr. Ponencia presentada por el grupo coordinado por el Dr. Luis María Bunge Campos sobre el homicidio simple en el seminario académico de la cátedra a cargo del Dr. Edmundo Hendler de la U.B.A., en el

encuentra resuelta en el código civil, el que ha adoptado los principios que hoy no se controvierten en la doctrina”⁹.

El art. 70 del Código Civil establece que: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento puede adquirir algunos derechos, como si ya hubieren nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados”, de modo tal que la personalidad queda supeditada a la condición de haber vivido al menos un instante después de la separación de la mujer. El art. 74, por su parte, indica que: “si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen nacido”.

La doctrina había interpretado la expresión “durante el nacimiento” de la derogada figura del infanticidio como un modo de adelantamiento de la punibilidad del homicidio a personas aún no separadas del seno materno.¹⁰ Así, distinguían dos momentos: algunos lo fijaban en los dolores de parto y otros, en el momento en que el recién nacido “se hace presente”, es decir, aparece en el canal de parto. Al haberse derogado la figura de infanticidio, ha desaparecido la idea de homicidio “durante el nacimiento” por lo cual se dieron respuestas casuistas en lo referido a muertes culposas de neonatos, atendiendo a la falta de tipificación de la figura culposa de aborto. La postura mayoritaria entiende que la figura de homicidio es aplicable desde las primeras contracciones del parto, mientras que la restringida opina que es necesario haber nacido, es decir, tener vida independiente, una vez separado de la madre tras el corte del cordón umbilical¹¹.

segundo cuatrimestre de 2006, inédito.

⁹ Moreno, Rodolfo (h) “El Código Penal y sus antecedentes”, Buenos Aires, 1993, H.A. Tomás editor, T III, pág. 321.

¹⁰ Conf. Ponencia citada.

¹¹ En este mismo sentido, se manifiesta Aguirre Obarrio en la obra de Molinario, Alfredo actualizado y preparado por Eduardo Aguirre Obarrio, *Los Delitos*, Bs. As. TEA, 1996, pág. 98.

Por último, dentro de la misma sección y por ello, como atentado contra la vida, el Código Penal prohíbe el aborto, figura que regula en sus artículos 85 a 88. Durante el desarrollo del trabajo estudiaré alguno de sus aspectos y, en especial, los supuestos del art. 86 C.P.

De acuerdo con este repaso, podría pensarse que el propio legislador establece una distinción en punto al valor tutelado a través de las figuras estudiadas desde el momento en que ha decidido prever en abstracto escalas penales sensiblemente diversas según que la conducta se dirija a la destrucción de “otro hombre” o de un feto¹².

Sin embargo, esta hipótesis no nos permite extraer conclusiones morales relevantes por cuanto a dichos fines, como es sabido, la justificación debe partir de criterios críticos de moralidad. Si nos confiáramos, en cambio, de los sistemas morales positivos, no haríamos otra cosa que establecer una suerte de “populismo moral” –*al decir de Ashworth*- y, en consecuencia, lo que aquí se repudia, la imposición de cierto ideal de excelencia personal –*tipo de perfeccionismo vedado por un Estado de Derecho, conforme con el art. 19 C.N.*-.

Sin perjuicio de lo expuesto, la distinción antedicha puede ofrecernos en cambio herramientas para estudiar la crítica que en general se realiza a la llamada “posición conservadora” sobre el aborto, o que algunos ubican bajo el rótulo de “moderada restrictiva”¹³. Según esta óptica, el aborto no es permisible en ningún caso por cuanto la vida de la persona por nacer –*en cualquiera de sus etapas de gestación*- es igualmente valiosa que la de cualquier niño, hombre o mujer y, de ese modo, merece la misma protección a no ser que la vida de la madre corra peligro. En este último

¹² Utilizaré por el momento indistintamente esta expresión para referirme a la persona que aún no ha nacido al sólo efecto expositivo. Con posterioridad se especificarán las diversas denominaciones que la ciencia y la doctrina asignan a la vida humana según la etapa de gestación que atraviere, en función de ciertos caracteres relevantes.

¹³ Ver en este sentido, las diversas denominaciones que utilizan los autores de los ensayos publicados en la compilación de Margarita Valdés “Controversias sobre el Aborto”, Fondo de Cultura Económica, primera Edición, México 2001.

supuesto, se dice, el aborto se encontraría justificado. Según Nancy Davis¹⁴ —entre otros autores— esta posición resulta incoherente por cuanto, la misma valía de los bienes tutelados, impide que se justifique el salvamento de uno en desmedro del otro. Eventualmente, según la perspectiva de la mujer embarazada, su conducta podrá responder al llamado “su mejor interés”, el cual no puede ser invocado por un tercero, es decir, por el médico que practica el aborto. De allí se extrae la conclusión de que, las posturas que aceptan este tipo de justificación parten, en verdad, de otra premisa que la declarada y, en esta dirección, se verían obligados a considerar que el aborto está permitido en una más amplia gama de supuestos, a no ser que opten por una óptica extrema, conforme la cual el aborto debe estar vedado en cualquier etapa de gestación, aún cuando la vida de la mujer embarazada corra peligro.

La exposición de esta crítica no nos dice nada, empero, acerca de la controversia sobre el aborto sino que, como en el caso de la legislación, nos provee sólo de herramientas para evaluar el sustrato de la discusión y así, poner de relieve aquellos asuntos relevantes para la problemática que aquí presento —que, como he dicho, ha de ser distinguida de aquella que invoco al sólo efecto expositivo—.

Otras posturas relativas al aborto, por ejemplo las llamadas liberales, extraen conclusiones morales relevantes en función de la etapa de gestación por la que se atraviere.

A la luz de la embriología moderna existen principalmente tres momentos decisivos en el desarrollo de la nueva vida que tienen relación con el comienzo de la vida humana: a) el principio del genotipo para el cual la vida comienza en el momento de la fecundación, entendido éste como el instante en el que la cabeza del espermatozoide penetra la membrana que recubre el ovocito; b) los que entienden que es con la anidación o con la etapa de implantación del embrión en el útero de la madre y c) recién cuando se produce el desarrollo de la corteza cerebral.

¹⁴ Davis, Nancy “Aborto y Defensa Propia”, publicado en la compilación

La etapa fetal, en cambio, comprende el desarrollo del ser humano desde aproximadamente el tercer mes de la gestación hasta el parto, caracterizándose por una maduración progresiva de los órganos, sistemas y funciones de ambos. Por ello, suele otorgársele el nombre de feto al organismo en desarrollo desde el final de la décima semana hasta el nacimiento.

Según distintos tipos de argumentos, las posturas anteriormente mencionadas sostienen que la tutela legal deberá comenzar a partir de determinado mes de gestación, según la función que correlativamente se desarrolle y que, de acuerdo con las ópticas citadas, demarque una distinción moral relevante. Lo sucedido con anterioridad, dicen, representa un asunto privado de la mujer embarazada, ajeno a la intervención estatal. Por cierto hay quienes añaden a esta argumentación, consideraciones de tipo consecuencialistas.

Otros autores opinan que lo que hace especialmente difícil la discusión sobre la moralidad del aborto, cuando se piensa que responder a la pregunta de cuándo comienza la existencia es un prerequisite para entrar en la discusión, es que la gestación es un proceso continuo, sin saltos cualitativos, de manera que si nos atenemos a hechos empíricamente constatables parece imposible señalar un momento preciso en que el feto comienza a ser persona.

Como realmente no se puede señalar una diferencia sustantiva en el desarrollo del feto entre un día y el siguiente, el conservador cree tener una prueba a favor de su posición apoyándose en este tipo de razonamientos “resbaladizos”. Por ello, autores que sostienen posiciones liberales han considerado que corresponde abandonar la estrategia de preguntarse cuándo el embrión o el feto se convierte en una persona humana, es decir, olvidarse de la categoría ontológica del feto y plantearse qué derechos tiene la mujer y cuáles supuestamente tiene el

citada, págs. 121/158.

feto, y tratar el aborto como un caso de conflicto de derechos en donde nada está decidido de antemano¹⁵.

En esta dirección, en orden a distintos tipos de argumentos, entre ellos que es muy difícil conceder sentido a la idea que postula que el feto tiene intereses propios, y en función de una serie de encuestas efectuadas por ONGs y medios de comunicación, Ronald Dworkin entiende que se ha de abandonar la explicación tradicional –*según la cual el debate del aborto versa sobre la cuestión de si el feto tiene derechos e intereses*¹⁶, concepción que denomina “de carácter derivado”- para reemplazarla por una de carácter autónomo vinculada con el valor intrínseco de la vida humana idea que, de una forma u otra, todos compartimos.

Sin embargo, piensa que ella es perfectamente coherente con la creencia de que poner fin o no a una vida humana durante la primera etapa del embarazo debería dejarse a la mujer embarazada, cuya conciencia está más directamente conectada con la decisión y que es titular de los intereses en juego más importantes. En este sentido sostiene que: “Ahora creemos que es una forma terrible de tiranía, destructora de la responsabilidad moral, que la comunidad imponga a los individuos artículos de fe espiritual o de coacción. Si las grandes batallas sobre el aborto y la eutanasia se producen realmente por causa del valor intrínseco y cósmico de la vida humana, como sostenemos, entonces, esas batallas tienen al menos una naturaleza cuasi religiosa y apenas debe sorprendernos que muchas personas crean que el aborto y la eutanasia

¹⁵ Según la exposición que reliza Margarita Valdés, en la introducción a la compilación mencionada, una de las pioneras en ese tipo de estrategias fue Judith Jarvis Thompson, cuyo artículo “Una defensa del aborto” ha sido recogido en aquella obra (op. cit., págs. 187/207).

¹⁶ Entre distintas pruebas empíricas que el autor ofrece a favor del abandono de ese eje de debate, invoca aquellas respuestas a las encuestas, según las cuales el feto tiene “derecho” a que no lo maten pero es inmoral que el gobierno proteja ese derecho a través de la ley penal. Cfr. Ronald Dworkin, ob. cit. págs. 24/25 y ss.

son profundamente inmorales pero que no es de incumbencia del Gobierno etiquetarlos a través de la ley penal...”¹⁷.

En función de la redefinición de los términos de la controversia el autor piensa en cuáles argumentos sostienen la idea de que la vida humana es sagrada y, en consecuencia, lo hace en términos de inversión natural e inversión humana en la vida. Desde esta nueva perspectiva, entiende que las excepciones más permisivas al principio de que el aborto es inmoral se asocian con una actitud generalmente liberal hacia el aborto y reflejan, de acuerdo con la hipótesis ensayada, un mayor respeto por la contribución humana a la vida y, consiguientemente, una preocupación menor por la contribución natural. Así, los liberales creen que el aborto es lícito cuando el feto pudiera perjudicar la calidad de sus vidas. De aquí, se dividen dos grandes grupos de excepciones: las que buscan evitar la frustración de la vida del niño y las que intentan evitar la frustración de la vida de la madre o de otros miembros de la familia¹⁸.

Empero, más allá de la redefinición acerca del contenido de la idea de la santidad de la vida humana, lo relevante de esta original exposición acerca de los términos de la controversia radica precisamente en que no es factible que sea el Estado, a través del derecho penal, quien defina si una u otra contribución a la vida humana (*natural y, valga la redundancia, humana*) han de pesar en mayor o en menor medida en la idea compartida de que la vida tiene un valor cósmico.

Como he señalado más de una vez, el caso que habré de presentar difiere de la problemática comprometida por el aborto aunque la discusión respecto de este último nos es útil para comprender qué subyace a la cuestión de embarazos incompatibles con la vida y a la posición de quienes entienden que, aun cuando ella esté irremediablemente perdida, debe ser protegida hasta que naturalmente llegue la hora del parto y de la muerte. No me propongo aquí adelantar

¹⁷ Ob. cit., pág. 25. El autor, a su vez, cita la obra de Rosenblatt, *Life Itself*, 183 ff.

¹⁸ Ob. cit, págs. 130/131.

todas las ideas ni conclusiones del trabajo, por cuanto para que ellas sean inteligibles deben considerarse previamente y en conjunto todos los argumentos y perspectivas sobre la cuestión.

No obstante, debo destacar que una de las soluciones que someto a consideración de los lectores y del público y que persigue abrir un debate sustentado en razones sobre tan espinosos asuntos, no se asienta en una distinción encubierta entre un quehacer comisivo y omisivo -entre “matar” y “dejar morir”¹⁹- sino, precisamente, en los diversos intereses comprometidos por la problemática del aborto y por embarazos incompatibles con la vida, aun cuando los conflictos que enfrentan las opiniones transiten por rieles paralelos.

Por ello me he ocupado de las distintas perspectivas en que se ha emprendido la compleja tarea de discutir sobre el aborto al sólo fin de demostrar los modos en que puede entenderse la “vida” protegida constitucionalmente y cuál es el rol del derecho en lo que respecta a su tutela en el complejo sistema de derechos constitucionales.

Ahora bien, opino que si bien el derecho no puede dejar de partir de ciertos “hechos” que se consideran valiosos y que, en consecuencia, merecen protección, no es el encargado de definir “ontologías” sino de reconocer o no la existencia de éstos y en base a ello regular interrelaciones. Tampoco puede desconocerse que, desde la óptica del derecho positivo e incluso para el derecho natural, ningún bien tiene valor absoluto por sí mismo sino que su relevancia normativa depende de la significación que a dicho bien se le otorgue en una comunidad y en un tiempo determinado. Sucede que lo que el derecho positivo hace es seleccionar los bienes o intereses considerados dignos de protección y brindarles una tutela legal. De ello se sigue incluso, y a modo de adelantamiento, que no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos penalmente; es más, se presenta la cuestión de responder al interrogante acerca de si toda vida humana debe tener inexorablemente

protección penal y, de no ser así, cuál o cuáles pueden ser las reglas a tener en cuenta.

Lo protegido por la ley, y por la ley penal en particular, no es el ente valioso en sí -vida, libertad, propiedad- sino la personal relación de disponibilidad del individuo respecto de aquellos bienes.

En esta dirección, entiendo que el estudio que sigue no puede ser tramado en función de ciertas cualidades ontológicas, a las que se adjudicará valor absoluto, ni en clave de conceptos de “persona” definidos desde cierto tipo de perspectiva. Considero, en cambio, que la “vida” valorada constitucionalmente a partir de la concepción deberá ser estudiada desde la perspectiva antedicha, es decir, en función de la relación de disponibilidad del individuo respecto de ella.

Para presentar esta óptica del problema *-que más allá de la diversa terminología no dista mucho de la propuesta por Dworkin-* que a mi entender resulta muy útil para el análisis del conflicto que expondré, son interesantes las ideas de Carlos Nino²⁰.

Según el autor, la mayoría de la gente acepta que existe una íntima relación entre el hecho de ser un individuo humano y la propiedad de ser acreedor a los derechos básicos inherentes a la personalidad moral. Ahora bien, la afirmación de que la única condición para ser portador de derechos morales sea el hecho de ser humano parece plausible por satisfacer una aspiración igualitaria profundamente arraigada, vinculada con que, al consistir dicha afirmación en una que no admite grados, no pueden existir en consecuencia diferencia de grado en la extensión en que esos derechos son reconocidos.

¹⁹ Tal eventual distinción es una de las diferencias entre el consecuencialismo y el deontologismo.

²⁰ Cabe señalar que Carlos Nino aplica dicha perspectiva que denomina “el concepto de persona moral” para estudiar y ofrecer lineamientos de solución a diversos asuntos vinculados con animales no humanos, fetos, personas presentes y futuras, etc. Ver la exposición que aquí será sintetizada en “Derecho Moral y Política”, Los escritos de Carlos Nino, Ed. Gedisa, 1º Edición, Buenos Aires, 2007, “El concepto de persona moral”, págs. 137/153.

Aunque se aceptara dicha premisa analíticamente, cuando queremos analizar el predicado “hombre” nos enfrentamos a la siguiente alternativa: o bien lo caracterizamos en relación con ciertas propiedades biológicas, o nos apoyamos en ciertas consideraciones, tales como la racionalidad, inteligencia, capacidad para elegir valores, etc.

En el marco de la primer alternativa, si bien parece garantizado el carácter no gradual del predicado “hombre”, los conflictos aparecen en orden a las características relevantes para tener por configurado tal concepto. Ahora bien, aunque se tomara un criterio que a *prima facie* no tenga zonas grises, tal como el de la cantidad de cromosomas del núcleo de la célula, corresponde preguntarse si tal concepto puede ser también relevante a los propósitos de adscribir consecuencias normativas tales como ser el acreedor a los derechos morales fundamentales. Sin embargo, dice Nino, la respuesta parece negativa, toda vez que es difícil ver cómo un hecho puramente biológico -como tener células con 46 cromosomas en su núcleo- deba ser moralmente relevante. La conclusión opuesta, según el autor, parece ser similar a posiciones racistas que reconocen ciertos derechos de acuerdo a la pertenencia a alguna raza humana.

El término de la otra alternativa si bien parece librarnos del problema anterior nos introduce en otro: el predicado ya no será un concepto de “todo o nada”, sino de índole gradual: los hombres serían titulares de derechos en diferente extensión, de acuerdo con su grado de racionalidad, inteligencia, capacidad de elección de valores, etc. Como bien señala el autor: “...Esta mirada elitista es incluso más estremecedora que la ‘especista’ que consideramos anteriormente...”²¹.

A este dilema subyace una presuposición errada: aquella consistente en que el concepto de persona moral debe denotar una clase de individuos que se distinguen por ciertas propiedades fácticas que están mencionadas en principios morales como condiciones para ser acreedor a

²¹ Ob. cit., pág. 140.

ciertos derechos. Sin embargo, la ciudadanía moral no es cuestión de la teoría biológica, sino de teoría política, lo cual nos conduce a cambiar de estrategia: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan, y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de aquellos individuos o entidades que poseen las propiedades que fácticamente son necesarias para gozar o ejercer tales derechos.

Ello presupone la distinción entre ser titular de un derecho y el estar capacitado para ejercerlo; en consecuencia, la idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos.

Para Nino hay tres principios básicos de los cuales derivan los derechos morales fundamentales, a los que puede agregarse un cuarto. El primero de ellos es el de inviolabilidad de las personas, que prescribe que las personas no pueden ser utilizadas como medios sino que son fines en sí mismas (separabilidad de las personas). La interpretación sugerida es de carácter igualitario: nadie puede ser sacrificado sin su consentimiento por el solo hecho de poner a otra persona en mejor posición que la de él, de lo cual se deriva un deber positivo de incrementar la autonomía de aquellos menos autónomos. Sin embargo, el principio nada dice acerca de cuales son esos bienes e intereses que no pueden ser sacrificados en beneficio de otros.

Uno de los principios que alude a esta cuestión, es el segundo y que se refiere a la autonomía personal, que establece que la libre elección y la materialización de los planes de vida o ideales de excelencia personal es algo valioso y, por ello, debería ser promovido, y ni el Estado ni los individuos deben interferir en ella. Se deben distinguir entre dos clases de principios morales, los de moral pública o interpersonal que prohíben ciertas acciones por sus efectos sobre terceros, y los de moralidad privada o personal que determina planes de vida y

definen ideales de excelencia personal y que prohíben ciertas acciones no por sus efectos sobre terceros sino sobre el bienestar, carácter moral, etc. del propio agente de las acciones. La imposición de este último tipo de estándares es por lo general auto frustrante, mientras que la de los primeros tiende, en cambio, a proteger los espacios de autonomía necesarios para preservar el debate moral.

Así, de la autonomía personal se puede derivar el valor de algunos bienes que son necesarios para la elección y materialización de los ideales de virtud personal y planes de vida: una vida consciente, integridad física, libertad de movimientos, de trabajar, de asociación, etc. Estos bienes, a los que se le confiere valor por el principio de la autonomía, determinan el contenido básico de los derechos morales, cuya función de atrincherar la posesión de ellos por parte de los individuos deriva del principio de inviolabilidad.

Ahora bien, el estar libres de dolor y tener sensaciones placenteras sería, como han enfatizado los utilitaristas, bienes que no están subordinados al valor de la autonomía. Aun cuando la capacidad de un individuo de elegir y llevar a cabo un plan de vida no se viese perjudicada sustancialmente por un cierto dolor o sufrimiento, éste puede constituir un mal para aquél y el placer un bien, aún cuando no puede aumentar aquella capacidad. Por ello corresponde reconocer otro principio que defina los bienes que son contenido de los derechos, además del principio de autonomía de la persona. Se trata del principio hedonista, que asigna valor al placer y disvalor al dolor.

Por último, el principio de dignidad de la persona prescribe tomar en cuenta el deseo y consentimiento de los individuos para poderles adscribir consecuencias normativas tales como las obligaciones, privaciones de derechos, etc. La genuina participación de las personas en el debate moral implica tomarse en serio la decisión de ellas de adoptar principios para guiar sus conductas y comprometerse a actuar de acuerdo con estos principios.

A esta altura de la exposición, considero de importancia señalar que las citas de las diversas ideas acerca de la vida, de su tutela, de la problemática vinculada con el aborto persigue, lejos de la toma de una postura sobre dicha cuestión -ajena al objeto de este ensayo-, indicar las distintas visiones y ejes de discusión que pueden adoptarse al respecto.

No obstante, sí quiero dejar sentada mi opinión, como guía para el presente trabajo, de que los derechos -como lo he adelantado-, se vinculan con la relación de disponibilidad de la persona con un bien y, en este sentido, son subjetivos; por otro lado, que la idea de “persona” como sujeto de tales relaciones que pueden entrar en controversia con las de otros, no puede partir de una definición meramente biológica de ciertas propiedades ni una relativa en función de determinadas capacidades. Es necesario tener en cuenta, para evaluar eventuales enfrentamientos, el distinto valor que, en función del ejercicio de los principios que se desprenden del discurso moral, cierto bien u objeto puede tener para una persona. Y precisamente en orden a tales lineamientos, el derecho deberá intervenir o no en función de si a través de la injerencia persigue el respeto de los derechos fundamentales que se derivan de tales principios, de modo tal de proteger espacios de autonomía no libremente cedidos frente al avance ilegítimo de las esferas de otros. Lo que no puede, y en ello parece haber acuerdo, es imponer planes de vida e ideales de excelencia o virtud personal.

El entrelazamiento de estas ideas y su composición con la problemática que pretendo someter a discusión se irán hilvanando a medida que nos introduzcamos en los hondos dilemas comprendidos por el caso de una mujer embarazada de un nasciturus que sufre de anencefalia, en punto al valor de la vida humana, a los derechos fundamentales de la madre que se desprenden de los cuatro principios estudiados -entre ellos, el derecho a la salud-, a su potencial ejercicio por

parte del no nacido, a los derechos fundamentales de los integrantes de la familia, etc. Las páginas siguientes están dedicadas a ello.

b) Soluciones legislativas: relevamiento

b.1 En lo que atañe puntualmente a la regulación legislativa de aquellos casos de mujeres embarazadas con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con la ley n° 1044.

La misma data del 26 de junio de 2003 y es fruto de los no pocos inconvenientes y de las largas y dilatadas controversias suscitadas en el ámbito de los nosocomios públicos locales en punto a la necesidad de requerir autorización o venia judicial para proceder a la inducción o adelantamiento de partos con gestaciones de esas características.

En lo sustancial, estipula los pasos procedimentales frente a situaciones de fetos con gravísimas malformaciones que, en tanto incurables e irreversibles, inexorablemente provocarán su deceso.

Acreditado el diagnóstico a través de las ecografías obstétricas de rigor, el galeno deberá imponer de su resultado en forma inmediata a la mujer embarazada indicándole al propio tiempo el pronóstico de la patología y la alternativa de continuar o adelantar el parto, explicitando los alcances y consecuencias en uno u otro sentido.

En la hipótesis de decidirse por la inducción, además del consentimiento informado de la mujer y de la certificación por escrito de aquella circunstancia, se exige que se hayan alcanzado 24 semanas de edad estacional o la mínima requerida para la viabilidad de fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Por último, se deja a salvo la objeción de conciencia por parte de los facultativos que integren el servicio que deberá llevar a cabo la práctica estipulándose su reemplazo por los que indiquen las autoridades hospitalarias.

Prevé asimismo asistencia psicoterapéutica tanto a la gestante como a su grupo familiar, desde que es impuesta del diagnóstico.

b.2 A nivel nacional, en cambio, lamentablemente no ocurre lo propio. Pese a que han sido presentados diversos proyectos en los últimos años, ninguno de ello alcanzó a materializarse.

Quizá el más relevante, no obstante encontrarse en igual situación ya que perdió estado parlamentario reiteradas veces, es el elaborado por las legisladoras Vilma Ibarra y Diana Cont. el cual, en rigor de verdad, propicia la despenalización del delito de aborto frente a situaciones como la que nos ocupa.

En concreto su propuesta consiste en una modificación al texto actual del art. 86 del C. Penal en dos aspectos.

Uno de ellos en lo concerniente a su inciso 2º que hoy en día aparece limitado al supuesto de que el embarazo sea producto de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente, planteando su reemplazo por el que lo autorice cuando provenga "de la comisión de un delito contra la integridad sexual" sin otra exigencia o distinción y que, en lo que aquí interesa, no merece mayores comentarios.

El otro, en cambio, consiste en la incorporación de un nuevo inciso a la aludida norma que resulta abarcativo de un amplio espectro que, dada esa característica, incluye a los casos de anencefalia.

Específicamente se plantea como inciso 3º la no punibilidad del aborto practicado por médico diplomado cuando "se ha diagnosticado médicamente la inviabilidad de vida extrauterina del feto".

Si se pasa revista a los fundamentos que sirven de sustento a la elevación del proyecto, se advierte que en lo pertinente se cita justamente como ejemplo de normas que regulan la situación motivo de consideración a la ley n° 1044 de la Ciudad de Buenos Aires.

Se alude también a los sucesivos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la materia y a partir de los cuales interpretan la

necesidad de incorporación del nuevo texto legal, para facilitar a las mujeres que se encuentren cursando un embarazo de las particularidades mencionadas el poder interrumpirlo, sin necesidad de recurrir a vías judiciales para sortear posibles escollos.

b.3 En otro orden de ideas considero necesario apuntar que en el orden nacional encontramos la ley n° 25.630, vigente desde el 23 de agosto de 2002, sobre "Prevención de Anemias y Malformación del tubo neural" tales como anencefalia y espina bífida, que aparece reglamentada por el decreto 597/03.

Dicho cuerpo normativo está destinado a regular la obligatoriedad de incluir en ciertos alimentos elaborados a base de harina de trigo, elementos tales como hierro, ácido fólico, tiamina y otros nutrientes con la finalidad de reforzar a ese nivel los organismos de las eventuales gestantes para reducir la aparición de aquellas patologías; ley esta a la que han adherido numerosas provincias argentinas

Como se advertirá toca el tema aunque tangencialmente, pero en mi opinión viene al caso mencionarlo por dos motivos. Por un lado, da pábulo de la gran cantidad de casos de anencefalia que se registran en muchas embarazadas y por el otro la necesidad de que exista una regulación federal sobre el particular.

c) Pronunciamientos jurisprudenciales: relevamiento

Las soluciones dadas por los Tribunales del país, en sus diversas instancias, frente a los casos concretos llevados a su conocimiento han sido disímiles y encontraron fundamento en las más variadas razones.

Para peor, como se verá, se evidenciaron alarmantes discrepancias entre lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sobre la misma materia.